



Al contestar por favor cite estos datos:

No. de Radicado: 20181030019371-OAJ

Fecha de Radicado: 06-04-2018

Bogotá D.C.,

Doctora

DIANA MARÍA FRANCO ECHEVERRI

Directora Jurídica

PENSIONES DE ANTIOQUIA

Carrera 51 N° 52 – 03, Planta baja - Palacio de la Cultura "Rafael Uribe Uribe"

Tel: 5403460 - Fax: 2930667

Medellín - Antioquia

Asunto: Solicitud de concepto previo de extensión de jurisprudencia radicado de la Entidad 2018010056 del 15 de enero de 2018, radicado Agencia 20188000332442 de fecha 27 de febrero de 2018.

Respetada doctora Franco:

De conformidad con los artículos 614 del Código General del Proceso y 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho", procede la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante, Agencia) a emitir concepto previo a solicitud suya, con ocasión a la petición de extensión de jurisprudencia formulada ante su Despacho por la señora [REDACTED], en la que se solicita la extensión de los efectos de la sentencia con número de radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) del 4 de agosto de 2010, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda del Consejo de Estado, consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Con base en la referida providencia la peticionaria pretende que como beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se le debe aplicar en su integridad la norma anterior, sin que tenga lugar su división o escisión.

Precisado el propósito de la peticionaria con su solicitud de extensión de jurisprudencia, para emitir el concepto previo requerido, corresponde a la Agencia verificar si la citada providencia responde al concepto de sentencia de

Recepción correspondencia y Oficina de Atención al Ciudadano Carrera 13 N° 24 A – 40 Bogotá, Colombia
Sede Administrativa Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Carrera 7 # 75- 66 Bogotá, Colombia
Comutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co

Página 1 de 16



unificación, como lo exige el artículo 102 del CPACA y conforme a las modalidades de sentencias de unificación jurisprudencial que contempla el artículo 270 del mismo Código, previa una breve exposición de sus argumentos esenciales.

Cabe advertir que de acuerdo con el parágrafo del artículo 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 2015: “[I]a valoración de las pruebas y la verificación de los supuestos de hecho de cada caso concreto corresponderá a la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, en los términos del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

1) Principales consideraciones de la sentencia objeto de solicitud de extensión

En la sentencia de 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, con número de radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), la Sección Segunda del Consejo de Estado decidió en segunda instancia el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que impetró el actor contra la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- al no haber tenido en cuenta factores salariales distintos a los previstos en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

La Sección Segunda inició por precisar que el actor del proceso se encontraba cobijado por el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993 y que para efectos de determinar los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión de jubilación, resultaba aplicable la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985.

Seguidamente, resaltó que “(...) cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda” (Destacado fuera de texto).

Más adelante, la Sección Segunda anunció que unificaba su jurisprudencia en cuanto a que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985, “(...) no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios”. Así mismo, definió

Recepción correspondencia y Oficina de Atención al Ciudadano Carrera 13 N° 24 A – 40 Bogotá, Colombia

Sede Administrativa Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Carrera 7 # 75- 66 Bogotá, Colombia

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



que lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sólo resultaba aplicable cuando el régimen anterior que gobernara el caso concreto no estableciera una norma expresa que determinara el índice base de liquidación.

Luego, en relación con los factores que efectivamente constituyen salario y que se deben incluir en el ingreso base de liquidación de las mesadas pensionales, la sentencia sostuvo que se trata de "(...) **aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé**". (Destacado fuera de texto)

En contraste, indicó algunas sumas que no deben ser tenidas en cuenta para efectos de liquidación pensional en tanto no constituyen salario, como la indemnización de vacaciones y la bonificación de recreación.

Así las cosas, la Sala confirmó parcialmente la decisión impugnada en la que se había accedido a las pretensiones de demandante, al considerar que, para garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral, debe entenderse, según lo explicado, que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

2) Valoración del carácter de unificación de la sentencia invocada

El artículo 102 del CPACA establece el deber de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho y se acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para tal efecto el artículo 270 *ibídem*, establece como sentencias de unificación jurisprudencial:

"(...) las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009". (Destacado fuera de texto)



En desarrollo de lo expuesto, es preciso recordar que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 270 y 271 del CPACA, las sentencias de unificación jurisprudencial cuyos efectos pueden ser extendidos a terceros por las autoridades, son las que pertenecen a las siguientes categorías:

- a) Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.
- b) Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios.
- c) Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996.

En relación con las sentencias por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de sentar o unificar la jurisprudencia, debe precisarse que el artículo 271 del CPACA prevé las autoridades que las pueden proferir:

- a) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las Secciones o Subsecciones o de los Tribunales, o a petición del Ministerio Público.
- b) Las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones de la Corporación o de los Tribunales, según el caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Agencia observa que la sentencia de 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, con número de radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), no responde a ninguna de las clases de sentencias indicadas en la norma transcrita.

En efecto, la sentencia invocada por los peticionarios en este caso no decidió un recurso extraordinario ni la revisión eventual en una acción popular o de grupo; tampoco pertenece al primer grupo de sentencias mencionadas en la norma transcrita, toda vez que el artículo 271 del CPACA autoriza a descartarla como sentencia de unificación, tal como se pasa a explicar a continuación.



En este sentido, resulta pertinente señalar que en auto del 1º de febrero de 2013¹ de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, se precisó que la competencia de las Secciones del Consejo de Estado para proferir sentencias de unificación nació a la vida jurídica a partir de la expedición y entrada en vigencia del CPACA², para efectos del mecanismo de extensión de jurisprudencia que creó el mismo Código, en su artículo 102.

Conviene conocer el texto exacto de este argumento:

"En efecto, si bien dichas sentencias fueron proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, una de las Secciones que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ninguna de ellas tuvo como objeto, unificar la jurisprudencia de los Tribunales, pues para ello debe adelantarse el procedimiento previsto en el artículo 271 íb., el cual no existía para la época en que se expedieron dichas sentencias, y que tiene precisamente como objeto que la Sección se pronuncie con la finalidad expresa de constituirse en unificadoras de jurisprudencia o de tener el carácter de una decisión de importancia jurídica o de trascendencia social o económica, respecto de asuntos de los Tribunales". (Destacado fuera de texto)

Atendiendo la providencia citada, la modalidad de sentencias de unificación proferidas "por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia" que relaciona el artículo 270 de dicho Código, requiere un procedimiento especial tanto en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como en las Secciones del Consejo de Estado, definido en el artículo 271 *ibídem*³, que para el caso no siguió la Sección Segunda de dicha Corporación al proferir la sentencia de 4 de agosto de 2010⁴, pues antes de la expedición y entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dicho procedimiento no existía.

¹ Radicación número 11001-03-27-000-2012-00045-00(19718), consejera ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia.

² Norma que fue expedida el 18 de enero de 2011 y que comenzó a regir el 2 de julio de 2012.

³ "Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado **podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los Tribunales, o a petición del Ministerio Público**. (...) Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. (...) La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos". (Destacado fuera de texto)

⁴ Si bien en la sentencia bajo análisis se expresa: "(...) la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional (...)".



Al respecto es preciso indicar que el artículo 271 del CPACA bajo análisis dispone que corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, o las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, proferir este tipo especial de sentencias, para lo cual deberá la Sala Plena de esa Corporación o bien, alguna de sus Secciones, asumir conocimiento del asunto que se encuentre pendiente de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las Secciones o Subsecciones o de los Tribunales, según corresponda, o a petición del Ministerio Público.

Ahora bien, la providencia que se invoca como de unificación fue proferida para decidir la segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho proveniente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sin que se agotara el trámite dirigido a otorgarle propiamente la condición de sentencia de unificación en los términos del artículo 271 *ibidem*.

En torno a este punto, cabe advertir igualmente que la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2012⁵ consideró que las (...) sentencias de unificación cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable. En este sentido, **es plenamente razonable que sean estas sentencias y no otras del Consejo de Estado, las llamadas a ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia**. Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo, pero son un tipo especial de providencias -las sentencias de unificación jurisprudencial- a las que el Legislador, en ejercicio de su poder de configuración normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, que tienen la virtud de evitar la realización de un proceso y de facilitar el acceso directo al Consejo de Estado". (Destacado fuera de texto)

En línea con lo anterior, en auto de la Sección Tercera, Subsección C, del 4 de abril de 2013⁶, se precisó que el mecanismo de extensión de jurisprudencia (...) tiene como eje de aplicación, **una categoría especial de jurisprudencia: la llamada Sentencia de Unificación, que viene definida y caracterizada en el artículo 270 del CPACA. Por consiguiente, será esa tipología de sentencia la correspondiente a aplicar a los distintos asuntos puestos a consideración de las autoridades.**" (Destacado fuera de texto)

Por tanto, se concluye que si bien es innegable el valor que la sentencia invocada tiene como precedente del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso

⁵ Sentencia de 25 de julio de 2012, magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

⁶ Radicación número 11001-03-26-000-2013-00019-00 (46213), consejero ponente: Enrique Gil Botero.

Recepción correspondencia y Oficina de Atención al Ciudadano Carrera 13 N° 24 A – 40 Bogotá, Colombia

Sede Administrativa Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Carrera 7 # 75- 66 Bogotá, Colombia

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



Administrativa, la Agencia considera que la sentencia del 4 de agosto de 2010 con número de radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) no se enmarca en ninguna de las categorías de sentencias previstas en el artículo 270 del CPACA, norma a la cual debe acudir la Administración para efectos de establecer cuáles sentencias se consideran de unificación jurisprudencial.

De acuerdo con la argumentación expuesta, la Agencia encuentra que la sentencia invocada por los peticionarios no corresponde a una sentencia de unificación y en consecuencia, no es susceptible de extensión de jurisprudencia conforme con lo dispuesto en los artículos 102 y 270 del CPACA.

Establecido lo anterior, conviene señalar a continuación que no obstante el aporte que la sentencia del 4 de agosto de 2010 representa para la Jurisprudencia Contencioso Administrativa en el tema descrito, la Agencia advierte que el criterio allí expuesto se enfrenta al que sobre el mismo asunto ha sostenido la Corte Constitucional; circunstancia que tiene profundas repercusiones al momento de resolver solicitudes de extensión de jurisprudencia, pues la propia Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2011⁷, dispuso que la Administración debía observar de forma preferente sus sentencias en esta clase de trámites. Lo anterior sin perjuicio del carácter *erga omnes* de las sentencias proferidas en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad.

En ese sentido, la Agencia considera relevante analizar que sobre el mismo punto y específicamente sobre la interpretación que debe darse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para liquidar las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones con una interpretación distinta a la realizada por la Sección Segunda del Consejo de Estado y que pretenden los peticionarios les sea extendida.

En esa medida, resulta indispensable acudir a la sentencia C-168 de 1995⁸, mediante la cual la Corte Constitucional consideró que los empleados amparados por el régimen de transición conservarían su derecho a adquirir la pensión de vejez según las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993, únicamente respecto a la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, mientras que el ingreso base de liquidación y demás condiciones serían los que establecen la misma Ley y su decreto reglamentario, es decir, el Decreto 1158 de 1994.

⁷ Sentencia del 1º de noviembre de 2011, magistrado ponente: Mauricio González Cuervo, mediante la cual se declararon exequibles condicionalmente los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.

⁸ Sentencia del 20 de abril de 1995, magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.



Según lo explica la Corte Constitucional, “monto” e “ingreso base de liquidación” son dos conceptos distintos. Así, el primero es la tasa de reemplazo o el porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación, señalado por la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, conforme al inciso segundo del artículo 36 de la misma; mientras que el segundo está compuesto por los factores salariales devengados durante el tiempo de servicio que la misma Ley 100 señala en su artículo 36, conforme al Decreto 1158 de 1994.

Dicha postura la ratificó en forma expresa la Corte Constitucional en la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013⁹ en la que precisó:

*“La Sala recuerda que el propósito original del legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. **El Ingreso Base de Liquidación no fue aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.** Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad”. (Destacado fuera de texto).*

En ese orden de ideas, ha interpretado la Corte, que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está circunscrito únicamente a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión, entendido esto último como la tasa de reemplazo, y que las demás condiciones y requisitos de la pensión no previstas en el artículo en cuestión, como lo atinente al ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones.

Bajo esta perspectiva de análisis concluyó el alto tribunal que, el ingreso base de liquidación para las pensiones amparadas por el régimen de transición es el dispuesto en el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que ni el ingreso base de liquidación ni los factores salariales debían calcularse con referencia a normas distintas de las del Sistema General de Pensiones.

⁹ Sentencia del 7 de mayo de 2013, magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Recepción correspondencia y Oficina de Atención al Ciudadano Carrera 13 N° 24 A – 40 Bogotá, Colombia

Sede Administrativa Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Carrera 7 # 75- 66 Bogotá, Colombia

Comutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



En igual sentido, precisó la Corte Constitucional que los factores salariales, al no determinar el “monto” de la pensión sino ser parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normatividad actual, en este caso, el Decreto 1158 de 1994.

La misma Corte Constitucional reiteró su posición, y es así que mediante sentencia T-078 de 2014¹⁰, negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social de un pensionado “debido a que, las entidades accionadas no incurrieron en un defecto sustantivo, pues se aplicó correctamente el régimen de transición, en armonía con los presupuestos establecidos en la convención colectiva pactada con Telecom, atendiendo en todo caso, la jurisprudencia constitucional, que determina que el monto y el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez se calculan bajo presupuestos diferentes, el primer concepto, bajo el régimen especial del que fuese beneficiario el afiliado antes de la entrada en vigencia del tránsito normativo, y el segundo, siguiendo lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100/93”. (Destacado fuera de texto).

Dicho lo anterior, conviene señalar que la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015¹¹ se ocupó expresamente de abordar el tema del precedente judicial fijado en la sentencia C-258 de 2013, su alcance y la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sobre el particular precisó:

“(…)

2.6.4. De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”¹² (Destacado fuera de texto)

¹⁰ Sentencia del 7 de febrero de 2014, magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

¹¹ Sentencia del 29 de abril de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹² Sobre la solicitud de nulidad presentada contra la sentencia T-078 de 2014 precisó la Corte Constitucional en la sentencia bajo análisis: “2.6.3.3. Como consecuencia de esta decisión, el señor Santos García, quien promovió el anterior amparo, presentó ante la Sala Plena solicitud de nulidad de la sentencia T-078, invocando la vulneración del derecho al debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional (...). La Sala Plena al conocer dicha solicitud, mediante Auto 326 de 2014 decidió denegar la petición de nulidad, por cuanto consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente toda vez que no existía, antes de la Sentencia C-258 de 2013, un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición. En efecto advirtió que al no existir esta interpretación, se entendía que estaba permitida aquella que a la luz de la Constitución y la ley, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y suficientemente

Recepción correspondencia y Oficina de Atención al Ciudadano Carrera 13 N° 24 A – 40 Bogotá, Colombia

Sede Administrativa Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Carrera 7 # 75- 66 Bogotá, Colombia

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



En este contexto, es claro que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional –que además de resultar de obligatorio acatamiento para la Administración, en materia de extensión de jurisprudencia debe ser tenida en cuenta de manera preferente según lo ya explicado–, las reglas para determinar el ingreso base de liquidación pensional son las contempladas en el régimen general, esto es la Ley 100 de 1993, y no la legislación anterior que resulte aplicable en virtud del régimen de transición de aquella, pues éste solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación de los factores salariales con el cual se obtiene el IBL.

Del análisis efectuado, queda en evidencia que la Corte Constitucional y la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia invocada difieren en cuanto a la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición y, por lo tanto, se concluye que no existe unidad en la jurisprudencia frente a la interpretación y alcance del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹³, por lo que no existe una jurisprudencia pacífica que pueda ser aplicada inequívocamente por la Administración al enfrentarse a estos asuntos.

Por último la Agencia estima pertinente precisar que si bien, inicialmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 25 de febrero de 2016, con número de radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01 (4683-13), consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, se apartó del precedente jurisprudencial establecido por la H. Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015; esta sentencia quedó sin efectos según fallo proferido del 15 de diciembre de 2016 por la Sección Quinta del mismo Tribunal[1], por lo que sus consideraciones salieron del ordenamiento jurídico. Lo anterior por cuanto en la referida sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en protección de los derechos fundamentales del debido proceso, igualdad y acceso a la administración de la accionante Unidad Administrativa Especial de Gestión

justificada. Aclaró que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, **el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013**. Con base en ello, la Sala Plena citó apartes de la sentencia referida y al resolver la solicitud de nulidad, concluyó lo siguiente: “**3.2.2.5. Como se acaba de ver, es importante destacar que el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutiva de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna**”.

(Destacado fuera de texto)

¹³ Cabe señalar que en la sentencia SU-230 de 2015, la Corte Constitucional manifestó que “la interpretación dada por la Sala Plena de la Corte Constitucional es acorde con la sostenida por la Corte Suprema de Justicia, máxima autoridad judicial de la jurisdicción ordinaria laboral.”



Pensional y Contribuciones Parafiscales y de la Protección Social- UGPP, ordenó a la Sección Segunda de la misma Corporación, proferir una nueva decisión dentro del citado proceso[2], atendiendo las reglas jurisprudenciales de las sentencias C-258-13 y SU-230-15 de la Corte Constitucional, tesis que en sus conceptos tanto en vía administrativa como en sus alegatos en sede judicial, ha sustentado y defendido esta Agencia.

En efecto, según se explicó en precedencia, en la sentencia SU-230 de 2015 la Corte Constitucional expresamente analizó el tema del precedente judicial fijado en la sentencia C-258 de 2013 para determinar que si bien en ésta se fijaron unos parámetros para el régimen especial dispuesto en la Ley 4^a de 1992, también se estableció la interpretación sobre la aplicación del ingreso base de liquidación para los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100 de 1993.

De esta manera, en la sentencia SU-230 de 2015 igualmente se reiteró lo resuelto en el Auto 326 de 2014¹⁴ en el que se precisó que el parámetro interpretativo fijado por la Corte en la sentencia C-258 de 2013: "a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutiva de dicha providencia, **fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna.**" (Destacado fuera de texto)

Ahora bien, recientemente la Corte Constitucional en la sentencia SU-427 de 11 de agosto de 2016¹⁵ precisó:

"(...) 6.10. En síntesis, en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, **en la medida que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.**

¹⁴ Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. Auto proferido para resolver la solicitud de nulidad impetrada contra la sentencia T-078 de 2014; solicitud que se fundaba en la presunta vulneración del derecho al debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional, pues consideraba el solicitante "(...) que la Sala de Revisión había cambiado la jurisprudencia constitucional en vigor en lo relacionado con la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 en materia de la aplicación integral de los regímenes especiales y de transición, y conforme a ello, había desconocido el principio de favorabilidad e inescindibilidad de la norma pensional." Ver sentencia SU-230 de 2015.

¹⁵ Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.



6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

(...)

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.”

(Destacado fuera de texto)

En línea con lo anterior, recientemente en la sentencia SU-395 de 2017¹⁶, la Sala Plena de la Corte Constitucional con ocasión de las acciones de tutela incoadas por la UGPP y Colpensiones en contra de algunas decisiones proferidas principalmente por el Consejo de Estado, volvió a analizar si los fallos demandados desconocían “el alcance del régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los parámetros de interpretación fijados frente a la forma de calcular el promedio del ingreso base de liquidación aplicable a pensiones del sector público y los factores constitutivos de salario que deben tomarse en consideración para calcular su monto”.

En esta oportunidad, la Corte hace un recuento de la evolución e interpretación hecha sobre el régimen de transición, para finalmente reiterar la jurisprudencia que ha proferido sobre el asunto¹⁷, llamando la atención a todos los operadores judiciales en el sentido de insistir y ratificar que si bien en la sentencia C-258 de 2013, se había fijado el criterio de interpretación constitucional, desde la sentencia de constitucionalidad C-168 de 1995, había quedado claro el alcance del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo de la citada norma y por tanto, no debía seguirse presentando diferencias para

¹⁶ Sentencia del 22 de junio de 2017 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

¹⁷ Sentencia T-078 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia SU-230 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SU-210 de 2017 M.P. M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).



entender el concepto de "monto de la pensión" para estos casos. Sobre este aspecto discurrió la Corte bajo el siguiente tenor:

"Como bien puede apreciarse, esta Sala advierte que por vía de las recién comentadas sentencias (C-168 de 1995 y C-279 de 1996) la Corte Constitucional no hizo ningún pronunciamiento específico sobre si el monto estaba ligado no al concepto de ingreso base de liquidación, ni con posterioridad a ello en las Sentencias C-1056 de 2003 y C-754 de 2003, en las que se declararon inexequibles las modificaciones introducidas por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y 4º de la Ley 860 de 2003 al inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993". (Destacado fuera del texto original).

Y en la misma decisión, más adelante concluyó que:

"A través de las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a la Corte Constitucional le correspondió estudiar la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **sin dejar lugar a dudas sobre el alcance del inciso tercero, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo".**

En ese orden de ideas, resulta relevante la sentencia SU-395 de 2017, porque en ella se reafirma el alcance de las sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013 en las que, se insiste, ya se había definido que el IBL no es un aspecto sometido a la transición y además, dice el reciente fallo, que se configura un abuso del derecho pretender una interpretación en sentido diferente, así lo expresó la Corte:

"El cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida en que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, **pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación**¹⁸. Ello no significa otra cosa que el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición, sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en **un abuso del derecho**¹⁹ de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas

¹⁸ Consultar, entre otros, la Sentencia T-078 de 2014 y el Auto 229 de 2017.

¹⁹ En la Sentencia C-258 de 2013 se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aqueél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el Recepción correspondencia y Oficina de Atención al Ciudadano Carrera 13 N° 24 A – 40 Bogotá, Colombia Sede Administrativa Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Carrera 7 # 75- 66 Bogotá, Colombia Comutador (571) 255 8955 www.defensajuridica.gov.co



de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico."

3) Consideraciones adicionales

Al margen de lo expresado en el acápite anterior, es necesario informar que pese a la valoración hecha en el numeral 2 del presente concepto, sobre el carácter de unificación de la sentencia del 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado - Sección Segunda, consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación N° 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), la Agencia no desconoce que en múltiples pronunciamientos emitidos en trámites de extensión de jurisprudencia en los que se ha invocado la referida sentencia, las Subsecciones A y B de la Sección Segunda han considerado que dicha providencia es una sentencia de unificación jurisprudencial.

Al respecto, si bien la Agencia se aparta de la posición adoptada por la Sección Segunda en torno a la valoración de sentencia de unificación que le ha dado a la sentencia invocada, respeta dicha posición y advierte de la existencia de la misma a esa entidad, a efectos de que PENSIONES DE ANTIOQUIA determine el sentido de su decisión en el caso concreto. Lo anterior sin perjuicio de las consideraciones hechas en torno a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la misma materia, explicadas igualmente en el numeral 2 del presente concepto.

De otra parte, es del caso precisar que esta Agencia emite el concepto previo según las competencias fijadas en el artículo 614 del Código General del Proceso y los artículos 2.2.3.2.1.5 y siguientes del Decreto Único 1069 de 2015, con el objeto de verificar si la citada providencia responde o no al concepto de sentencia de unificación jurisprudencial, conforme al artículo 102 del CPACA y a las modalidades de sentencias de unificación que contempla el artículo 270 del mismo Código, pero no tiene competencia para indicarle a las entidades si se deben o no extender los efectos de la sentencia invocada.

En línea con lo anterior se reitera que de acuerdo con el parágrafo del artículo 2.2.3.2.1.5 *ibídem*, corresponde únicamente a las entidades ante las cuales se solicitó la extensión de jurisprudencia, evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 102 del CPACA, entre ellos, verificar que el solicitante acredite los mismos supuestos fácticos y jurídicos del demandante en la

ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."

Recepción correspondencia y Oficina de Atención al Ciudadano Carrera 13 N° 24 A – 40 Bogotá, Colombia
Sede Administrativa Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Carrera 7 # 75- 66 Bogotá, Colombia
Comutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



sentencia de unificación invocada (si en efecto se trata de una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado) y efectuar la valoración de las pruebas, y de acuerdo con ello, deberá establecer si hay lugar a extender los efectos de la jurisprudencia; decisión sobre la cual, la Agencia no tiene competencia alguna, porque ello implicaría el ejercicio de una función de coadministración que no está autorizada por la ley.

4) Conclusión y concepto previo de la Agencia

Conforme con lo expuesto, la Agencia concluye que la sentencia de 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, con número de radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) no es una sentencia de unificación jurisprudencial, pues no se ajusta a los postulados de los artículos 270 y 271 del CPACA.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia advierte igualmente que la sentencia invocada no contiene la jurisprudencia unificada en materia de liquidación de pensiones de jubilación en el régimen de transición, en tanto difiere de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la misma materia. Jurisprudencia que de acuerdo con lo decidido en la sentencia C-816 de 2011 debe ser tenida en cuenta de manera preferente por las autoridades al momento de resolver solicitudes de extensión de jurisprudencia, según se analizó en el presente concepto.

Finalmente, se invita a esa entidad a consultar los siguientes documentos elaborados por la Agencia en relación con el mecanismo de extensión de jurisprudencia, como herramientas que contribuirán al entendimiento y aplicación del mismo: *Documento de Análisis Jurídico del mecanismo de extensión de jurisprudencia*²⁰, *Documento Especializado No. 18: El mecanismo de extensión de jurisprudencia: Análisis de su naturaleza, trámite y aplicación*²¹, *Circular externa No. 2 de 2017 sobre Lineamientos para la intervención de las entidades públicas en el trámite de extensión de jurisprudencia previsto en la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*²² y *Circular Conjunta No. CIR18-0000006-DJU-1500 de 2018*

²⁰ Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andie/extencion_jurisprudencia/Documents/documento_analisis_juridico_08_05_solicitud_CJC_100817.pdf

²¹ Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andie/documentos_especializados/Documents/documento_especializado_ext_jurisprudencia_final_elaborado_2017_RPE20_06_revisado_JJG_ACGP_23_06_17.pdf

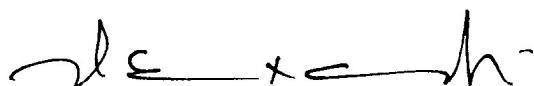
²² Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares/Lists/Circulares%202017/DispForm.aspx?ID=2&Source=https%3A%2F%2Fwww%2Fdefensajuridica%2Egov%2Eco%2Fnormatividad%2Fcirculares%2FPaginas%2Fcirculares_2017%2Easpx&ContentTypeId=0x0100E16A994CE26A544EB98E442DB8FE647D



acerca de *Lineamientos sobre el mecanismo de extensión de jurisprudencia regulado en la en la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*²³.

Este concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el parágrafo del artículo 2.2.3.2.1.7. del Decreto 1069 del 2015, es decir, no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,



FRIDCY ALEXANDRA FAURA PÉREZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: MPACHECO

Revisó: Iván Darío Tarazona Manrique

²³ Disponible en:

https://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares_conjuntas/Documents/circular_CIR18_0000006_ANDJE_070218.pdf

Recepción correspondencia y Oficina de Atención al Ciudadano Carrera 13 N° 24 A – 40 Bogotá, Colombia

Sede Administrativa Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Carrera 7 # 75- 66 Bogotá, Colombia

Comutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co